VII.

Bemerkungen über das Verfahren erster Instanz nach dem preußischen Entwurf einer Civilprozeßordnung.

Von Herrn Dr. W. Endemann,
Prof. und O.=A.=Rath in Jena.

(Fortsetzung von Nr. I dieses Bandes.)

In einem früheren Artikel sind einige der wichtigsten allgemeinen Prinzipien des preußischen Prozeßordnungsentwurfs hervorgehoben worden. Bei der Bedeutung dieser Gesetzgebungsarbeit, welche aus den dortigen Bemerkungen erhellt, wird es gestattet sein, noch einmal auf dieselbe zurückzukommen und auf einzelne Abschnitte, namentlich unter Vergleichung mit dem in Hanover berathenen Entwurf einer gesammt=deutschen Civil prozeßordnung, etwas näher einzugehen. [1])

Beide Entwürfe setzen, die Gerichtsorganisation im Uebrigen besonderen Gesetzen vorbehaltend, in erster Instanz Einzel= und Kollegialgerichte voraus (P. E. §. 1; D. E. §. 4) und müssen daher Bestimmungen treffen, welche Klagen an die eine und welche an die andere Art von Gerichten

1) Ich thue dies, ohne dazu den Apparat wissenschaftlicher Citate u. dgl. zu benutzen. Es wäre sonst unmöglich, in dem hier zugemessenen Raum auszukommen. Dem Kundigen wird ohnehin nicht entgehen, wo Belege für die hier benutzten Gründe zu finden sind. — Am wenigsten kann ich es unternehmen, die bereits vorliegenden Besprechungen von Leonhardt, v. Kräwel u. A. zu kritisiren. Um den reichen Stoff thunlichst zusammenzudrängen, ziehe ich es vor, meine Ansichten so einfach wie möglich auszusprechen. Wo sie mit denen Anderer, wie Hinschius, zusammentreffen, ergibt sich leicht

in erster Instanz gehören. Beide setzen ferner als Regel voraus, daß schon in erster Instanz Kollegialgerichte eintreten. Bei Mündlichkeitsverfahren kann dies nicht anders sein. Einzelrichter sollen eigentlich die Ausnahme bilden. Während aber der D. E. §. 5 die nähere Bezeichnung, welche Sachen vor die letzteren zu verweisen seien, den Landesgesetzgebungen überläßt, will der P. E. §. 47 als Einzelrichtersachen betrachtet wissen Sachen unter 100 Thlr. Werth des Gegenstandes, mit Recht ohne Ausnahme (s. Motive S. 22), Miethstreitigkeiten, wenn der jährliche Miethpreis nicht über 100 Thlr. beträgt, und Klagen aus außerehelicher Schwängerung. Für die Parteien ist eine solche Theilung der Gerichtsbarkeit [2]) je nach dem Werthe oder Charakter der Sachen, immerhin kein Glück. Nothwendig entsteht daraus Gelegenheit zu Competenzconflicten. Um nun solchen zu begegnen oder doch zu verhüten, daß der Competenzstreit in einen förmlichen Prozeß vor dem Prozesse ausartet, ist es durchaus nöthig, möglichst bestimmte Normen, namentlich über die Werthermittelung aufzustellen. Gegen das, was in dieser Hinsicht der P. E. §. 48 ff. anordnet, läßt sich wenig einwenden. Vollkommen richtig ist es, daß §. 54 die einmal bei dem Kollegialgericht begründete Gerichtshängigkeit, die durch Zusammenrechnung mehrerer Klagposten begründet wurde, forterhält, wenn auch später eine Trennung des Verfahrens (§. 268) stattfindet. Freilich versteht sich das eigentlich schon von selbst nach §. 48, wonach der Werth des Streitgegenstandes zur Zeit der Klagzustellung (s. D. E. §. 6 Nr. 1) entscheidet. Spätere Minderungen kommen daher überhaupt nicht in Betracht (D. E. §. 8). Da die Gerichtsbarkeit der

2) Denn darum handelt es sich. Den Ausdruck „Zuständigkeit, Competenz" sollte man um mehrerer Deutlichkeit willen lediglich für die Eintheilung der fora aufsparen. In den Lehrbüchern wird dadurch sehr viel Unklarheit angerichtet, daß man unter dem Namen „Zuständigkeit der Gerichte" mit der ächten Competenz, d. h. mit der Frage, vor welchem der mehreren gleichartigen und gleichstufigen Gerichte der Einzelne Recht zu nehmen hat, die andere Frage, vor welche Gattung von Gerichten resp. vor welche Instanz eine Sache objectiv gehört, d. i. die Frage nach dem Umfang der Gerichtsbarkeit, total zusammenwirft.

Kollegialgerichte die Regel sein soll, so muß in dubio zu deren Gunsten entschieden werden und dieselbe, wenn einmal begründet, bestehen bleiben (s. §. 60, 63), auch wenn nachher Veränderungen eintreten. Anders bei Einzelgerichten, eben weil sie als besondere Gerichte für gewisse Fälle hingestellt werden. Sofern der Streitgegenstand durch Erweiterung der Klage oder Anstellung einer Widerklage, und, sollte man hinzufügen, selbst durch Einrede, wenigstens der Compensation, sich erhöht, kann nicht angenommen werden, daß das einmal angerufene Einzelgericht, welches nur bis zu 100 Thlr. Gerichtsgewalt hat, die Rechtspflege in einem Streit ausüben darf, der nun 150 oder 200 Thlr. betrifft (P. E. §. 57).

Indessen kann dabei, wie erwähnt, die Compensationseinrede nicht unberücksichtigt bleiben. Man wende nicht ein, daß, wenn der Klaganspruch nur 80 Thlr. beträgt, die aus einer Gegenforderung von 120 Thlr. hergeleitete Compensationseinrede auch nur bis zu 80 Thlr. benutzt wird. Würde in demselben Rechtsstreit etwa die Einrede der Compensation wegen Unbegründetheit der Gegenforderung verworfen, so wäre damit nach richtiger Auffassung rechtskräftig über die ganze Gegenforderung, also thatsächlich über 120 Thlr. entschieden. Man hätte also Ursache, für diesen Fall, der übrigens nicht der einzige ist, in welchem durch die exceptio der Prozeßinhalt erweitert wird, Vorsorge zu treffen, es sei denn, daß man sich damit trösten möchte, der Verklagte könne ja, wenn er sich sichern wolle, förmliche Widerklage erheben.

Dabei muß ferner noch angedeutet werden, wie sich in der Behandlung dieser sog. Zuständigkeit ein gewisses Schwanken zeigt. Nach dem P. E. §. 57 wird im Einzelrichterprozeß verlangt, daß die Unzuständigkeit, welche durch Erhebung einer Widerklage entsteht, von den Parteien geltend gemacht wird. Nach §. 58 Abs. 1 soll bei Streit über den Werth des Streitgegenstandes die den höheren Werth behauptende Partei den Beweis führen. Aber nach demselben §. kann der Richter von Amtswegen (§. 501) über den Werth entscheiden und, unangesehen der Unterlassung einer Rüge Seitens der Parteien, von Amtswegen seine Unzuständigkeit aussprechen. Man muß sich

wohl schärfer entscheiden, ob die Zuständigkeit Offizial- oder Verhandlungsfrage sein soll.

Wir würden für das erstere sein. Ob das Kollegial- oder Einzelgericht die Sache übernehmen soll, verfügt das öffentliche Gerichtsorganisationsgesetz. Die Willkür oder Prorogation der Privaten hat hier prinzipiell gar keinen Platz, das Gericht dagegen ex officio zu prüfen, ob die Sache in die Gränzen seiner Gerichtsbarkeit fällt. Wollte man dagegen alles von der Wahl der Parteien abhängig machen, so würde sich das Ganze anders gestalten.

Ist nun die Frage, wie auch der P. E. §. 58 wenigstens theilweise anerkennt, wesentlich Offizialsache, so ist zwar Anhörung der Parteien nicht ausgeschlossen, aber man kann und braucht nicht sub poena praeclusi Vorschützen der exc. judicii incompetentis anzuordnen, oder gar die Austheilung der Beweislast, die denn auch, in dieser Allgemeinheit auf den einen höheren Werth behauptenden gelegt, bedenklich genug erscheint, zu normiren. Das Gericht erkennt ex officio über seine Zuständigkeit, und die deshalbige Verfügung erscheint, sofern sie nicht durch ein Rechtsmittel beseitigt wird, für die Parteien unbedingt wirksam. (Vgl. §. 61.)

Das Kapitel von den Gerichtsständen behandelt der P. E., wenn auch von denselben Hauptgrundsätzen ausgehend, ungleich ausführlicher, als der D. E. In §. 1 wird ausgesprochen, daß jeder Rechtsstreit bei dem zuständigen Gericht erster Instanz anzubringen ist; ein Satz, der auf den ersten Anblick frappirt, wenn man nicht aus den Motiven erführe, daß damit die bis dahin theilweise bestandene Befugniß, sich alsbald an die zweite oder dritte Instanz zu wenden, abgeschafft werden soll. Es ist das eine nothwendige Consequenz der Rechtsmittelorganisation, insbesondere der Stellung der Berufung.

An §. 1 würde sich logisch unmittelbar am besten §. 14 sofort anschließen, welcher derjenigen besonderen Privilegien gedenkt, die nach Beseitigung der gemeinen Schriftsässigkeit jetzt noch, wie der schlecht gewählte Ausdruck lautet, einen befreiten Gerichtsstand vor der höheren Instanz gewähren. (Vgl. Mot. S. 16.) Mit diesen Privilegien sollte man aber nicht den außerordentlichen Gerichtsstand der im Auslande stationirten

Beamten und Militärs, wie in §. 14 geschieht, zusammenstellen. Denn das ist nicht ein Privileg der höheren Instanz, sondern innerhalb der ersten Instanz die Zuweisung oder Fiction eines Wohnsitzes.

Der regelmäßige, allgemeine Gerichtsstand ist natürlich der des Wohnsitzes (P. E. §. 3, D. E. §. 9). An diesem haben Ehefrau und Kinder Theil. (P. E. §. 7, 8). Zu besonderer Beachtung regt aber §. 7 an, wonach die Ehefrau, wenn der Ehemann seinen inländischen Wohnsitz aufgibt, ohne im Inlande einen andern zu begründen, nun einen selbstständigen Wohnsitz hat. Wenn dagegen der Ehemann einen neuen Wohnsitz im Inlande begründet, soll ihm die Ehefrau folgen. Es handelt sich eigentlich nicht blos um die Ehefrau, sondern in vielen Fällen um die ganze Familie; und im Fall faktischer Trennung des Ehemanns, als des Familienoberhauptes, von der Familie tritt uns eine weit tiefer gehende Frage entgegen, als daß sie mit den Distinktionen der Motive (S. 14) gelöst zu werden vermöchte. Es fragt sich geradezu, ob die Familie, das Haus, dessen Constituirung an einem bestimmten Orte recht eigentlich Domizilbegründung ist, ihren eigenen Wohnort behält, trotzdem sich der Kopf desselben davon trennt, oder ob im Rechtssinne unbedingt die Familie dem Oberhaupt untergeben und folgeweise die Annahme begründet ist, daß der Wohnsitz des letzteren die Familie, Ehefrau und Kinder nach sich zieht. Man mag sich darüber entscheiden. Wenn aber einmal die Idee, welcher der P. E. folgt, richtig, daß der Wohnsitz des Mannes maasgebend ist, so hat es keine Consequenz, daß das nur gelten soll, insofern der Ehemann, von der Familie sich trennend, im Inlande einen Wohnsitz aufschlägt, nicht aber wenn er ins Ausland geht. Nur die in §. 4 zu Tage tretenden Rücksichten konnten darauf führen.

Es wäre wohl zu überlegen, ob nicht einfacher in allen solchen Fällen, in denen Jemand, wie namentlich des Geschäftsbetriebs, Amtes u. s. w. wegen für seine Person einen neuen Wohnort ergreift, aber sein Hauswesen, die Familie an einem andern Ort beläßt, anzunehmen sei, daß der Wohnsitz an letzterem zugleich fortbestehen bleibt. Die bekannte römische Definition des Domizils würde das recht wohl leiden. Hat er

am neuen Wohnsitz eine Niederlassung, so ist für Klagen aus deren Geschäftsbetrieb das dortige Gericht nach §. 17, 18 schon als Niederlassungsforum competent. Andere Klagen aber hat sich füglich ein getrennt von seiner Familie Wohnender eben so gut an seinem persönlichen Domizil, wie an dem Domizil der Familie gefallen zu lassen.

Daß der Gerichtsstand bevormundeter Personen, auch bevormundeter unehelicher Kinder (P. E. §. 10, 9), sich nach dem Sitz der Obervormundschaftsbehörde bestimmt, ist ein Satz des preuß. Rechts, an dem sich Kritik üben ließe. Die Idee, der Vormund sei loco patris, will in der That nicht verfangen, wenn man bedenkt, daß die Vormundschaft doch lediglich im Interesse des Mündels angeordnet wird. Nimmt man aber an, daß, wo eine Vormundschaft besteht, eigentlich gar nicht der Mündel selbst, sondern der Vormund, der keineswegs blos Stellvertreter in dem Sinne ist, wie der Prozeßprokurator, verklagt wird, so macht sich das, was man erzielen möchte, von selbst.

Die §§. über den Wohnsitz der Corporationen, Gesellschaften, des Fiskus u. s. w. geben keine Veranlassung zu besonderen Bemerkungen.

Für den Fall, daß Jemand gar keinen Wohnsitz hat, oder wenigstens keinen inländischen, trifft §. 4 Vorsorge. Indessen ist die Fassung des Abs. 2 nicht ganz klar. Verstehen wir diesen §. recht, so soll 1) für denjenigen, der weder im Inlande, noch in einem deutschen Bundesstaate ein Domizil hat, ergänzend das Forum des Aufenthalts hervorgezogen werden, wobei freilich, wie die Motive hervorheben, nur der wirkliche Aufenthaltsort, im Gegensatz zu blos passanter Anwesenheit gemeint sein kann, ein Gegensatz, der sich nicht abstrakt definiren, sondern nur konkret erörtern läßt. Ist 2) der Aufenthalt ganz unbekannt, so bleibt nur der Rückgriff auf den letzt vorhergehenden Wohnsitz (wenn ein solcher da war! sonst Aufenthaltsort?) übrig. Wenn endlich 3) der Aufenthaltsort zwar bekannt, aber der Wohnsitz nicht im Inlande (das kann doch nach dem Art. 4 nur heißen, nicht in den deutschen Bundesstaaten, allein die Motive S. 13 verstehen das als gleichbedeutend mit: außerhalb Preußens, und das wäre doch den heu-

tigen Zuständen wenig entsprechend) ist, so soll am letzten preußischen Wohnorte wegen der in Preußen entstandenen Rechtsverhältnisse geklagt werden können. In diesem Sinn kann man sich die letztere Bestimmung allenfalls gefallen lassen. Sonst wäre die Occupation der Gerichtsbarkeit zu Gunsten preußischer Klagen gegen Personen, die nach den sonstigen Rechtsgrundsätzen durch Veränderung des Wohnsitzes derselben entzogen und innerhalb der deutschen Bundesstaaten preußischen Klägern geradeso zugänglich sind, wie in Preußen den außerpreußischen deutschen Klägern, nicht empfehlenswerth. Vollends aber entspricht §. 5, wiewohl auf älteren preußischen Regeln beruhend, billigen Auffassungen nicht und führt, wie auch die Motive einräumen, leicht zu großen Schwierigkeiten. Darnach soll gegen eine Person, die nicht in Preußen oder Deutschland einen Wohnsitz hat, auch geklagt werden können (blos von preußischen, oder auch von ausländischen Klägern?) bei dem Gericht, in dessen Bezirk die Person Vermögen hat. Das ist eine Ausdehnung des territorialen Prinzips der Gerichtsgewalt, die denn doch über das Maas hinausgeht und die nur dem Gesichtspunkt älterer Zeiten entspricht, in denen es darauf anzukommen schien, unter irgend einem Titel sich die Gerichtsbarkeit zu vindiziren. Alle Sachen sind als solche der Gewalt des Gerichts unterworfen, in dessen Bezirk sie sind, daher für dies Gericht Arrest- oder Exekutionsobjekte. Aber an einzelnen Sachen (nach dem Muster des landsassiatus plenus) eine umfassende Competenz für jederlei Klagen (vermögensrechtliche Ansprüche, sagt §. 5) zu knüpfen, sollte doch heut zu Tage unmöglich erscheinen.

Der Entwurf geht sodann in §. 15 auf die besonderen Gerichtsstände über, von denen nur das forum rei sitae und zwar nur für eigentlich dingliche Klagen (§. 24) ein ausschließliches ist (s. auch D. E. §. 16 Abs. 1), während alle andern mit dem Domizil- resp. Aufenthaltsforum konkurriren. So entspricht es auch dem gemeinen Recht.

Als besonderes Forum wird zunächst aufgeführt der Gerichtsstand von Studirenden, Schülern, Lehrlingen, Dienstboten, Pächtern, Gesellen, Arbeitern, Militärpflichtigen u. s. w. vor dem Gericht ihres Aufenthaltsortes hinsichtlich der an diesem

letzteren von ihnen gewirkten Verbindlichkeiten. Es ist nur zu billigen, daß der Zweifel über die Gerichtszuständigkeit solcher Personen, die auch trotz etwaiger Minderjährigkeit mit Recht in §. 86 für prozeßfähig (jedoch unter Beiordnung eines Rechtsbeistandes) erklärt werden, gehoben wird. Nur würden wir dieses Forum in Gemäßheit einer bereits geäußerten Ansicht nicht für ein besonderes, sondern für ein neben dem eigentlichen allgemeinen Forum des Wohnsitzes, welches an dem Orte fortbesteht, wo solche Personen ihre Familie, als noch in der Gewalt stehende Kinder (s. §. 8) ihre Eltern u. s. w. haben, wenn auch nur zeitweilig begründetes, weiteres Domizilforum halten. Dasselbe gilt von dem sog. Niederlassungsgerichtsstand.

Im Weiteren entsprechen die folgenden Bestimmungen über forum contractus (i. e. solutionis §. 19), gestae administrationis (§. 20), rei sitae (§. 21—24), hereditatis jacentis (§. 25—26), (delicti §. 27, einschließlich des Schwängerungsforums §. 28), arresti (§. 29), reconventionis (§. 30) den geläuterten Grundsätzen der gemeinen Prozeßlehren und stimmen im Wesentlichen mit dem D. E. (§. 16 ff.) überein. Auch das forum connexitatis für die Ansprüche der Prozeßvertreter, Rechtsbeistände und Gerichtsvollzieher (§. 32) ist wohlbegründet. Dagegen können wir dem Rest des forum connexitatis in §. 31 keinen Beifall schenken. Werden einmal Einreden u. dgl. ad separatum erwiesen, so bilden sie einen eigenen Prozeß, der seinen Regeln folgt; und es ist nicht abzusehen, warum der Zufall, daß der fragliche Anspruch vergeblich in einem andern Prozeß zur Geltung zu kommen suchte, Grund geben möchte, das Gericht des letztern kompetent zu machen. Man könnte das trefflich mißbrauchen.

Der §. 33, so zweifellos sein Inhalt, dürfte an eine ganz andere Stelle gehören. Denn er handelt nicht von einem besonderen Gerichtsstand, sondern, was freilich die Doktrin oft genug confundirt, von den Gerichten, die mit einer Sondergerichtsbarkeit, z. B. für Handels-, Bergsachen u. s. w., ausgerüstet sind.

Dieser Unterschied bestätigt sich sofort in der Lehre von der Prorogation. Durch Erstreckung kann wohl ein forum

an die Stelle des andern gesetzt werden. Insoweit läßt die Kompetenzvertheilung, obwohl sie nach heutiger Auffassung an sich auf fester öffentlicher Ordnung beruht, weshalb denn auch eine allgemeine Prorogation über die einzelne Sache hinaus, also für eine Mehrheit oder sämmtliche Rechtssachen der Parteien, für unmöglich gilt (s. P. E. §. 35 Nr. 1), dem Privatwillen noch einigen Raum. Aber der Privatwille hat keine Macht, von einer Gattung der Gerichtsbarkeit auf die andere, von Kollegialgerichten auf einfache, von Ordinargerichten auf Handelsgerichte überzuspringen. (P. E. §. 35 Nr. 5, 6; D. E. §. 28). Im Uebrigen ist nur zu bemerken, daß neben §. 36 des P. E., wonach Prorogation in contumaciam angenommen wird, sobald nicht bei erster Gelegenheit zu mündlicher Verhandlung die Inkompetenz gerügt wird (s. auch D. E. §. 27 Abs. 2), doch §. 29 des D. E. noch aufzunehmen wäre, demzufolge das Gericht jederzeit ex officio seine Zuständigkeit zu prüfen hat. Sei es auch nur, um Zweifel zu beseitigen. Sollte der P. E. anderer Meinung sein, und die Ueberwachung der Kompetenz als einer lex publica nicht dem officium der Gerichte anheim stellen, oder, was dasselbe ist, als Element der Zuständigkeitsbegründung im Gegensatze zu der öffentlichen Ordnung vornehmlich den Privatwillen anerkennen wollen, so wären wir weit entfernt, das zu tadeln. Es würde das sogar zu andern Maximen des P. E. sehr gut passen. Allein alsdann bedürfte es erst recht des besonderen Ausdrucks einer so wichtigen Neuerung.

Endlich wird des außerordentlichen Gerichtsstandes gedacht. Unter diesem der Doktrin entlehnten, nichts desto weniger ungeeigneten Namen sind die Fälle verstanden, in welchen die Kompetenzordnung wegen Verhinderung des zuständigen Gerichts, wegen Vertheilung der Zuständigkeit über mehrere Gerichte, bei einer Mehrheit von Verklagten oder einer Mehrheit dinglicher Objekte, sowie wegen Kompetenzzweifel oder Konflikte unzulänglich erscheint. Weil der Staat Jedem für jede Rechtssache ein geeignetes Gericht stellen muß, so hat er in allen jenen Fällen dafür zu sorgen, daß ein solches vorhanden sei. Das ist nicht Etablirung eines außerordentlichen Gerichts-

standes, sondern Herstellung einer Kompetenz außer der Regel. Dies geschieht, wie bekannt, durch Kommissionsertheilung abseiten der vorgesetzten Behörde, welche, wenn auch vielleicht in der Form prozessualischer Verhandlung und Verfügung sich bewegend, doch lediglich eine Justizverwaltungsangelegenheit darstellt. So viel nur über die Stellung der §. 39—42 im Systeme. Sachlich ist daran Nichts auszusetzen. Sie machen mit Abschneidung aller Weitläufigkeiten der älteren gemeinrechtlichen Theorie die Bezeichnung des betreffenden Gerichts zu einer einfachen Verwaltungssache.

Derselbe Gesichtspunkt gilt auch für die Verhinderung oder Ablehnung der Richter oder Gerichtsschreiber, worüber Tit. 3 des P. E. Vorschriften ertheilt. So weit nicht eine allgemein angeordnete gesetzliche Stellvertretung aushilft, muß von Gerichts- oder Justizverwaltungswegen für Ersatz des verhinderten Personals gesorgt werden. Indessen kann um die Frage, ob Grund zu einer solchen Maßregel vorliegt, allerdings prozessualisch verhandelt werden. Der Entwurf unterscheidet (wie auch der D. E. § 32, 35) von Amtswegen zu beachtende Verhinderungs- und von den Parteien sub poena praeclusi geltend zu machende Ablehnungsgründe. Es gilt, auch für die letzteren, die immerhin zu einer richterlichen Kognition auffordern. die möglichst einfache Form zu finden; und das ist dem §. 66 ff. in entsprechender Weise gelungen.

Nachdem in den §. 81—88 des Tit. 4 die Prozeßfähigkeit und Vertretung prozeßunfähiger Parteien behandelt worden ist, ohne daß dazu etwas zu bemerken wäre (vgl. D. E. §. 51—54), kommt Tit. 5 auf die Prozeßvertretung durch Bevollmächtigte. Ueber den Grundsatz des Anwaltszwanges in allen Prozessen vor den ordentlichen Kollegialgerichten ist bereits früher das Nöthige gesagt worden. Die Möglichkeit, selbst zu handeln, hat die Partei also nur im Prozesse vor dem Einzelrichter und vor dem Handelsgericht (P. E. §. 89, 924). Aber selbst insoweit, als diese Gestattung reicht (der Eingang des §. 91 könnte diese Intention übrigens deutlicher ausdrücken), soll, wenn ein Stellvertreter beliebt wird, keine unbedingt freie Wahl desselben ein-

geräumt werden. Fähig zur Uebernahme einer solchen Vertretung sind nach §. 91 außer den nahe verbundenen Personen, die nach gemeinem Recht wegen dieses Verhältnisses ein mandatum praesumtum haben, oder nach dem D. E. §. 120 wegen desselben ausnahmsweise auch von Kollegialgerichten zugelassen werden, Streitgenossen, in dauerndem Dienst- oder Bevollmächtigungsverhältniß stehende Personen, sowie Eingesessene des Prozeßgerichts, denen auf Antrag des Gemeindevorstands von dem ordentlichen Kollegial- (i. e. Kreis-) Gericht erster Instanz die Befugniß dazu ertheilt wird.

Mit dieser letzteren Bestimmung beabsichtigt man nichts Geringeres, als für die kleineren Orte eine Art von Advokaten niederen Grades (Landadvokaten, s. Mot. S. 29) zu schaffen, die also nicht förmlich als Advokaten angestellt, sondern nur vom Kreisgericht, selbstverständlich widerruflich (s. Mot. S. 29), designirt werden, von denen man aber hofft, daß sie eine gute Uebung zu erlangen und die Winkeladvokatur zu verdrängen im Stande sind. Wir besorgen zwar, daß die gedachte Hoffnung keineswegs in Erfüllung gehen wird. Aber wäre das auch nicht, so muß man doch billig fragen, warum denn sogar für Verhandlungen vor Einzelgerichten und Handelsgerichten so große Furcht vor dem möglichen Auftreten Jedermanns herrscht, daß man hinten herum auch hier eine Art von privilegirtem Stand der Prozeßvertreter zu bilden bemüht sein muß. Wäre es richtig, daß man auch hier das Auftreten beliebiger Laien zu scheuen hat, so dürfte man auch die in §. 91 unter Nr. 1 bis 5 geduldeten Vertretungen nicht zulassen. Allein das läßt sich allgemeinhin eben nicht behaupten und die Erwägung, daß an sich die freie Wahl des Vertreters der Selbstverantwortung der Parteien zu überlassen und im Nothfall immer noch der Rath des Gerichts, für die Vertretung in geeigneter Weise zu sorgen, übrig bleibt, sollte überhaupt von diesem modifizirten Landadvokatenzwang abmahnen.

Eigenthümlich gestalten sich die Sätze des P. E. über die Vollmacht und deren Prüfung. Die vom D. E. noch beibehaltene Ansicht, daß, wenn auch den Parteien die Rüge etwaiger Mängel zusteht, die Vollmacht dem Gerichte zu liefern und daher

letzteres auf Prüfung von Amtswegen hingewiesen sei, hat man hier großentheils aufgegeben.[3]) Der P. E. geht für den Prozeß vor dem Kollegialgericht, wo Anwaltszwang herrscht, davon aus, daß der Ausweis der Bevollmächtigung, welcher in einer schriftlichen Vollmacht bestehen soll (§. 92, resp constitutio ad acta §. 98), lediglich dem Gegenanwalt auf dessen Verlangen zu liefern sei (§. 94). Dem Gegner steht auch die Rüge von Mängeln durch den ganzen Prozeß hin zu (§. 104). Das Gericht hingegen kümmert sich, mit Ausnahme der Fälle, wo Spezialvollmacht nöthig wird', um die Bevollmächtigung gar nicht (Mot. S. 29), indem unterstellt wird, daß ein öffentlicher Rechtsanwalt nicht ohne Vollmacht handelt.

Hactenus bene. Es stimmt durchaus zu den von uns dargestellten Grundprinzipien, daß man den Parteien überläßt, mit der Vollmacht fertig zu werden; und insofern muß es genügen, wenn das Gesetz nur dem Gegner die Möglichkeit verschafft, die Vollmacht prüfen zu können. Allein dabei fordert doch noch ein anderes Moment Berücksichtigung.

Das Erforderniß strengen Nachweises der Legitimation und die Amtspflicht des Gerichtes, darauf zu bestehen, stehen in nothwendigem Zusammenhang mit dem Aufgeben des Gedankens, daß der Prokurator dominus litis werde, und mit der Heranbildung der modernen Idee, daß derselbe nur Repräsentant der Partei sei. Kein Gericht kann Urtheile geben auf die Gefahr, daß sie in die Luft hauen. Wenn nicht mehr der Prokurator selbst, sondern nur durch ihn hindurch die Partei von der Sentenz berührt wird, so ist es überaus natürlich, daß das Gericht auch sich vorher vergewissern will, ob hinter dem blosen Repräsentanten eine verantwortliche Person steckt. Mithin muß man folgerichtig, sobald man nicht mehr von Gerichtswegen nach der Vollmacht fragen will, auch wieder eine gewisse Selbstverantwortung des von der gerichtlichen Vollmachtskontrole entbundenen Anwalts einführen und im Interesse des Gerichts wie der Gegenpartei verfügen, daß der ohne genügende Vollmacht als Prokurator sich gerirende persönlich haftbar erscheint. Das

3) Ob dazu die Motive zu §. 83 S. 27 passen?

entspricht den außer Gericht geltenden Stellvertretungsregeln, wird durch die Befugniß und Pflicht der Gegenpartei, die Legitimation zu prüfen, nicht überflüssig und ist sicher keine Unbilligkeit für die nach anderer Seite hin so stark privilegirten, dem Publikum aufgenöthigten Anwälte. Wer das Monopol der gerichtlichen Vertretung haben soll, trägt füglich auch die Verantwortung, daß er wirklich bestellt sei. Einen dem entsprechenden Zusatz würden wir also noch wünschen. Alsdann läßt sich schwerlich im Uebrigen Etwas einwenden.

In den Prozessen hingegen, in welchen die Partei selbst handeln kann, hat der Richter (§. 104) schon von Amtswegen für Beibringnng der Legitimation zu sorgen. Als inneren Grund dieses Gegensatzes führen die Motive (S. 30) ausdrücklich an, daß hier, wo möglicherweise als Stellvertreter Personen genommen werden, die nicht öffentliche Rechtsanwälte sind, die Garantie der amtlichen Stellung und Standesehre der letztern fehlt. Indessen will das doch wenig verfangen. An sich kann die Art des Prozesses hinsichtlich der Behandlung der Legitimation sicher keinen Unterschied machen. Und man braucht nur auch für die Nichtanwälte-Stellvertreter etwas von der Eigenverantwortung des dominium litis zu retabliren, um den ganzen Gegensatz, wie gewiß erwünscht sein muß, entbehren zu können.

Die Prozeßvollmacht hat man nun, was nur zu billigen, zu einem Formalakt gestempelt und auf dieselbe die Grundsätze, nach denen die Prokura wirkt, erstreckt. In §. 97 sind die inhaltlichen Erforderniſſe der schriftlichen Vollmacht (denn Schrift ist, abgesehen von der **constitutio ad acta**, die einzige Form, die der Gegner anzuerkennen braucht — was zu näherer Deutlichkeit besonders auszudrücken wäre —, wenn auch für den Mandanten mündlicher Auftrag oder Ratihabition verbindlich ist und daher auch vom Gegner, sofern er dergleichen nachzuweisen vermag, geltend gemacht werden *kann* §. 106), freilich nur angegeben, nicht anbefohlen. Warum dabei den Motiven zufolge eine Bestimmung, ob im Anwaltsprozeß der Gegner auf öffentliche Beglaubigung bestehen darf, absichtlich vermieden wurde, läßt sich schwer einsehen. Einstweilen ist Beglaubigung

in erleichterter Weise nur bei Schreibensunkunde des Ausstellers obligatorisch (§. 97).

Der Umfang der ertheilten Vollmacht wird sodann in §. 99, 100 beschrieben, und zwar so, daß alle zum Betrieb des Prozesses und zur Realisirung des Anspruchs nöthigen Handlungen hineinfallen. Diese Befugnisse können im Anwaltsprozeß (anders im Nichtanwaltsprozeß, wieder ein unangenehmer Gegensatz) dem Gegner gegenüber gar nicht beschränkt werden (§. 103), wie denn auch der Widerruf prokuraähnlich erst durch Kundmachung an den Gegner wirkt (§. 108). Blos zu Vergleich, Verzicht auf Eidesleistung, sowie zu Verzicht auf Ansprüche des Mandanten bez. zu Anerkennung von Ansprüchen des Gegners wird noch Spezialvollmacht desiderirt (§. 101).

Titel 6 von den Streitgenossen läßt zu, daß mehrere Personen gemeinsam klagen (§. 109), oder gemeinsam verklagt werden (§. 110), wenn sie Mitverpflichtete sind, oder wenn wegen desselben Anspruchs (also Identität des Objekts), oder wenn aus demselben Rechtsgrund geklagt wird. Diese Definition erscheint nicht ganz klar. Ursprünglich beruht das Wesen des Litisconsortiums auf Einheit des Gegenstandes und Einheit der res. Wer ex eadem re, d. i. aus demselben Thatbestand, in Betreff des nämlichen Objekts berechtigt oder verpflichtet ist, kann mitklagen oder mitverklagt werden. Praxis und Doktrin haben das allerdings verquickt. Gewöhnlich heißt es, daß die Streitgenossenschaft Konnexität voraussetze, ein vager Begriff, der sich rechts und links drehen läßt. Allein soviel ist gewiß, daß da, wo man ihn auflösen will, nicht die Identität des thatsächlichen Grundes, welche unter allen Umständen die Hauptveranlassung zur Streitgenossenschaft bleibt, hinweggelassen werden darf, wie in §. 109 u. 110 geschieht. Gleichheit des Rechtsgrundes ohne Identität des thatsächlichen Grundes dagegen ist gar keine Rechtfertigung des gemeinsamen Auftretens. In dieser Hinsicht lautet der D. E. §. 55 ungleich richtiger. Vollends aber ist nicht abzusehen, warum noch außerdem in §. 114 bei Ansprüchen, welche auf einem gleichartigen thatsächlichen (hier wird also das thatsächliche Fundament erwähnt) oder (? statt und) rechtlichen Grunde be-

ruhen, Streitgenossenschaft gestattet. Was man damit treffen will, sind (Mot. S. 32) Leistungen an Kirchen, kirchliche Beamte u. s. w., welche Einwohner eines bestimmten Bezirks aus einem wesentlich gleichen (also nicht aus einem nicht wesentlich gleichen?) Grunde zu entrichten haben. Aehnliche Leistungen gewisser Klassen, Kreise, Gruppen u. s. w. gibt es in Menge. Gerade hier zeigt sich indessen, wenn man genauer nachsieht, daß solche Verpflichtungen auf einem einheitlichen thatsächlichen Fundament beruhen, welches eine Mehrheit von Subjekten ergreift und daher an den Rechtswirkungen in Gestalt gleichartiger Verpflichtung Theil nehmen läßt. Bei einer richtigen Definition in §. 109 u. 110 würde daher §. 114 ganz zu entbehren sein.

Folgt man einmal der hergebrachten Theorie und legt die laxe Konnexität zu Grunde, so ist es nicht mehr wie billig, und man kann darin ohne alle Scheu noch weiter gehen, als der P. E., wenn man der diskretionären Gewalt des Gerichts die Befugniß einräumt, aus Zweckmäßigkeitsgründen, sowohl auf Trennung, als auf Vereinigung durch Bestellung eines gemeinsamen Vertreters hinzuwirken.

Im Interesse der Systematik würde übrigens zu wünschen sein, daß sich Buch 4 von der Betheiligung dritter Personen (s. auch D. E. §. 60) hier unmittelbar anschlösse. Ebenso würde passender von dem Armenrecht (Tit. 7) als Ausnahme erst nach den allgemeinen Regeln über die Prozeßkosten (Tit. 12) zu handeln sein.

An den Bestimmungen über Entwicklung und Ertheilung des Armenrechts wird sonst schwerlich etwas auszusetzen sein. Neu ist, daß, während in Einzelrichtersachen der Einzelrichter darüber zu entscheiden haben soll, in Kollegialsachen eine eigene Armenrechtskommission, bestehend aus einem Mitglied des Gerichts, einem Mitglied der Staatsanwaltschaft und einem Rechtsanwalt gebildet wird. Wahrscheinlich in Konsequenz der Idee, daß das Gericht überhaupt keine Administrativgeschäfte, wozu dies gehört, mehr haben soll. Außer dieser Konsequenz würde sonst die gerichtliche Entscheidung wohl kaum Etwas gegen sich haben. Jedenfalls muß den Motiven (S. 33) darin beigestimmt werden, daß die Uebertragung der Armenrechts-

verleihung lediglich an die Staatsanwaltschaft (s. auch D. E. §. 92) geradezu ungeeignet erscheint.

Was aber die Voraussetzungen des Armenrechts betrifft, so wird hoffentlich Nr. 2 des §. 115, wonach erkennbar sein muß, daß für die nachsuchende Partei ein günstiger Ausgang des Prozesses nicht unwahrscheinlich (!) sei, noch fallen. Es bedarf kaum der Darlegung, daß das entweder so gut wie Nichts bedeutet, oder, wenn gewissenhaft geübt, eine Prüfung des Prozesses vor dem Prozesse provozirt.

Ueber die Sicherheitsleistung (pro expensis Seitens des ausländischen Klägers) in Tit. 8 ist Nichts von Belang zu bemerken. Den Zweckmäßigkeitsrücksichten des §. 139, welcher in dubio Niederlegung in Geld oder kursfähigen Werthpapieren erheischt, kann man sich nicht verschließen.

Tit. 9 und ff. reguliren die Zustellung. Von der Bedeutung des Grundsatzes, die Exekution den Gerichten zu entziehen und eigenen Beamten, den Gerichtsvollziehern, zu überweisen, ist in dem früheren Aufsatze die Rede gewesen. Glaubt man, daß die Interessen des Publikums besser gewahrt werden durch eigene Beamte, welche gleich den Notaren im Dienste des Publikums stehen, so ist es natürlich nöthig, durch eine Gerichtsvollstreckerordnung denselben ihre Pflichten genau zu normiren. Und das geschieht theils in dem Abschnitt von der Zwangsvollstreckung, theils in dem Abschnitte von der Behändigung. Die auf die letztere bezüglichen Reglementsbestimmungen des P. E. sind nicht unbeträchtlich ausführlicher, als die des D. E. (§. 160 ff.). Sie erscheinen im Ganzen vollkommen angemessen und es bietet in der That wohl Vortheil dar, wenn den auf die Gerichtsvollstrecker angewiesenen Parteien solchergestalt durch möglichst genaue Gesetzesvorschriften die Kontrole gehöriger Ausführung erleichtert wird.

Nach dem Systeme des Entwurfs muß die Zustellung in Anwaltsprozessen an den Anwalt, in andern an die Partei selbst, oder an den von ihr bestellten Prozeß- bzw. Zustellungsbevollmächtigten geschehen. Die Ernennung des letzteren ist, wie auch im D. E. (§. 164), für außerhalb des Gerichtsbezirks wohnende Parteien obligatorisch (P. E. §. 152). Allein, während

der D. E. für den Unterlassungsfall Ernennung eines solchen durch den Gerichtspräsidenten androht, wird hier verfügt, daß alsdann und ebenso da, wo noch keine Ernennung hat stattfinden können, die Zustellung per Post geschehen soll. Unbedenklich ist diese Masregel vorzuziehen. Sich der Post zu Zustellungen zu bedienen, anstatt des oft langweiligen Weges der Requisition, zumal nach dem hier beabsichtigten Gerichtsvollzieherwesen die Insinuation mittelst Post nicht mehr als ein Eingriff in die Gerichtsbarkeit des am Destinationsorte kompetenten Gerichts angesehen werden kann, hat auch schon eine häufige Praxis für sich. Nur der Satz, daß die Zustellung mit der Aufgabe zur Post für bewirkt gelten soll, auch wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt (S. §. 154 a. E. §. 180), erscheint denn doch als eine leicht sehr verletzende Fiktion. Gerechterweise läßt sich wohl präsumiren, daß, wenn die Aufgabe geschehen, auch die Zustellung in dubio durch die Post erfolgt ist. Der Vereinfachung halber mag man immerhin den Fristenlauf von der Aufgabe zur Post an rechnen (vgl. Mot. S. 57 Nr. 3); denn man kann die Fristen so setzen, daß auch nach Abrechnung der bis zur Abgabe an den Adressaten verstreichenden Zeit die Frist noch geräumig genug bleibt. Aber die Vermuthung der Zustellung wird doch möglicherweise direkt durch die Thatsachen widerlegt. Und warum hier dennoch eine absolute Fiktion eintreten müßte, läßt sich nicht absehen. Hat man doch andere Mittel der Zustellung.

Wir überschlagen Tit. 10 von den Fristen und Tagfahrten, da die betreffenden Bestimmungen bis auf die, übrigens nur zu billigende, des §. 223, wonach es niemals mehr besonderer Androhung der Rechtsnachtheile mehr bedarf, von untergeordneter Bedeutung sind.

Weit wichtiger erweist sich sofort Tit. 11 von den Klagen und der Wirkung ihrer Zustellung. An der Spitze steht in §. 224 ein an sich zwar nicht prozessualischer, sondern vielmehr rein civilrechtlicher, aber darum auch in einer Prozeßordnung nicht minder willkommener Satz, betreffend die allgemeinste Möglichkeit einer Klage auf Anerkennung selbst obligationsmäßiger Rechtsverhältnisse. Jeder Praktiker weiß, daß

dazu in tausend Fällen unabweisliches Bedürfniß vorliegt, welches durch die von der seitherigen Doktrin allein gewährten Provokationen nicht im entferntesten gedeckt wird. Zudem wird auch die doktrinelle Rechtfertigung nach den Ausführungen Bähr's in seiner Lehre von der Anerkennung nicht mehr vermißt. Mit Recht legitimirt daher §. 224 nach dem Vorgang des kurhess. Gesetzes von 1863 die bis dahin der Wissenschaft so überaus zweifelhafte Klage auf Anerkennung. Wie hier geschieht, den Kläger die Kosten tragen zu lassen, sofern der Verklagte sofort ohne Einwenden den Ausspruch ausdrücklich oder stillschweigend (durch contumacia) einräumt, hat zwar das für sich, daß man erwägt, Kläger hätte ja unter solchen Umständen, bevor er eine Rechtsverletzung erlitten, gar nicht zu klagen gebraucht. Und das scheint der in der Praxis üblichen Ansicht von der Bedeutung der Einrede der unterlassenen Mahnung zu entsprechen. Indessen muß man doch anerkennen, und das thut auch §. 224, daß der Kläger, ohne daß bereits Verzug des Verklagten durch vergebliche Mahnung oder Ablauf des fixen Termins eingetreten ist, „in anderer Weise" verletzt und dadurch mit Fug zur Klage auf Anerkennung angeregt sein, mithin unmöglich zur Kostentragung angehalten werden kann. Darnach heißt das eigentlich gerade soviel, als: es ist konkret zu prüfen, ob der Kläger Ursache hatte zur Klaganstellung auf Anerkennung, oder nicht.

Von diesem Punkte aus würde man schließlich leicht noch einen Schritt weiter thun können, der alle Beachtung verdient. Es ließe sich recht wohl ein Verfahren construiren, in welchem unter freiwilligem Vortritt der Betheiligten, oder auf von einem Theile vorgenommene Ladung des andern der Versuch einer Feststellung schwebender Rechtsverhältnisse in Form einer Verhandlung der jurisdictio voluntaria zu unternehmen wäre. Erfolgt Anerkennung, so wäre damit eine exekutivische Urkunde — der Kundige weiß, daß das nichts Anderes sein würde, als eine Wiederherstellung der alten selbsthülfemäßigen Exekutivqualität — geschaffen; wenn nicht, so bliebe nur der Prozeßweg offen.

Nicht ohne Bedenken sind §. 226—227, welche an die

Zustellung der Klage die Wirkungen der Rechtshängigkeit knüpfen. Nach römischem Recht ist die Litispendenz mit ihren materiellen Konsequenzen Folge der Litiskontestation. Denn erst mit der Erklärung der Streittheile in der Gerichtsverhandlung, daß sie streiten und durch richterliche Sentenz entschieden haben wollen, wird der Prozeß wirklich eröffnet. Bis dahin hielt man sehr richtig immer noch für möglich, daß sich die gerichtliche Affaire ohne Streit und Sentenz erledigt. Nun hat das moderne Prozeßrecht bekanntlich die meisten der an die Litiskontestation geknüpften Wirkungen an das klagmittheilende Dekret geknüpft. Dem gesammten Wesen unsers neueren Prozesses entsprechend wurde der Schwerpunkt aus dem Parteienakt in den Richterakt verlegt.

Allein, was die Litispendenz betrifft, so hätte es schon zweifelhaft sein sollen, ob man sie von dem Richterdekret datiren dürfe. Ist denn damit schon gewiß, daß der Verklagte streiten will? Kann man also sagen, nun sei der Streit schon anhängig, da doch nur erst die Klage anhängig? Wenn nun aber die Klagmittheilung, wie hier, gar nicht mehr durch Richterdekret, sondern von Partei zu Partei durch Gerichtsvollstreckerakt geschieht, kann man da vollends sagen, es sei nun schon Litispendenz vorhanden? Man muß doch das ganze Verfahren vor der Gerichtsverhandlung nur als Versuch der Aufklärung, bzw. der Erledigung ohne gerichtliche Mitwirkung durch Thätigkeit der Parteien betrachten. Wie will es da passen, daß die Sache nach der Zustellung nicht anderweitig gerichtlich (und doch ist sie selbst noch gar nicht gerichtlich) anhängig gemacht werden, und daß somit die Zuständigkeit des Prozeßgerichts unangesehen eintretender Veränderungen begründet sein soll? Ohnehin läßt sich die Nothwendigkeit dieser Annahmen nicht erkennen.

Ferner soll die Litigiosität, also Veräußerungsverbot, mala fides, welche wieder nach römischem Recht erst mit der Litiskontestation eintritt, schon mit der Zustellung eintreten. Man erwäge nur, wie hart das werden kann, und wie wenig das zutrifft, wenn man sich sagen muß, daß die außergerichtliche Klage in sehr vielen Fällen nur erst ein Fühlen des Klägers sein wird, mit dem

er sich vergewissern will, wie der Verklagte über die Sache denkt. Und dadurch sollte sich jedesmal der Verklagte in malam fidem versetzen, die Disposition entziehen lassen?

Nicht minder kann, zugleich auch noch aus andern Gründen, bemängelt werden, daß Kläger nunmehr nicht mehr befugt sein soll, die Klage zu ändern und Verklagter dagegen befugt, Widerklage zu erheben. Ausweislich der Motive hat man sich an das bestehende Recht anschließen wollen, dabei aber nur rein äußerlich sich an die Klagmittheilung gehalten. Man muß doch nothwendig berücksichtigen, daß die Mittheilung der Klage ohne alle gerichtliche Mitwirkung einen ganz anderen Charakter hat. Sie ist Privatakt, während das seitherige Kommunikativdekret ein öffentlicher Akt des Gerichts, sie ist ein einseitiger Akt des Klägers, während die Litiskontestation ein zweiseitiger Akt beider Parteien ist.

Von dem Standpunkt des ächt mündlichen Verfahrens aus war überhaupt nur zu erwägen, daß man die Wirkungen der Litispendenz, welche der schriftliche Prozeß auf das erste Dekret vorgeschoben hat, wieder auf die kontradiktorische Feststellung des Streites in der mündlichen Verhandlung zurückschieben muß. Man wird leicht erkennen, daß auch §. 228 ff. damit noch zusammenhängen, wie es denn auch eine Folge dieser Auffassung ist, daß von dem wichtigen und gerade im mündlichen Verfahren unentbehrlichen Akte der Litiskontestation so wenig vorkommt, als sei das rein der Formalismus, wofür sie die Kanonisten erachteten.

Es ist durchaus nothwendig, daß man mit aller Schärfe der Idee Folge gibt, welche bei reiner Mündlichkeit den der Verhandlung vorausgehenden Schriftenwechsel lediglich als Vorbereitung erscheinen läßt. Da die Parteien nicht einmal durch ihre Audienzanträge (s. §. 313), geschweige denn durch ihre privatim gewechselten Schriften (§. 313 Abs. 2 gibt in dieser Hinsicht freilich zu Unklarheiten Anlaß) gebunden sein können, so ist die Definition unzulässiger Klagenänderung in §. 232 (vgl. §. 227 Nr. 5), bei welcher in dem Ausdruck „Klagegrund", wie auch an anderen Stellen des Entwurfs, leicht einige Undeutlichkeit entsteht, die sehr erklärlich ist, wenn man in allen

Lehrbüchern ähnliche Undeutlichkeiten bemerkt, für das Stadium des Schriftenwechsels schlecht am Platze. Worum es sich regelmäßig handelt, ist die res, welche der Klage zu Grunde liegt, d. i. der Thatbestand, der Komplex von Thatsachen in seiner Rechtsfolgen erzeugenden Gestalt. Alles, was gesagt zu werden braucht, besteht darin, daß derjenige Theil, welcher auf Grund des gepflogenen Schriftenwechsels zur mündlichen Verhandlung geladen wird, etwaigen Aenderungen des Gegners gegenüber einwenden kann, daß er diesen veränderten Ansprüchen gegenüber erst müsse deliberiren können. Bis zur wirklichen Litiskontestation in der mündlichen Verhandlung hat billig die Aenderung der nur erst angekündigten Klage, Einrede u. s. w. blos die Folge, daß vertagt werden und daß der Aendernde die von ihm verschuldeten Kosten tragen muß. (Vgl. §. 302.) Mehr ist in keiner Weise nothwendig. Auch in dieser Hinsicht darf sich der P. E. mit seiner reinen Mündlichkeit vor den äußersten Konsequenzen, die aus den Motiven S. 52, 65 folgen, auch in §. 313 theilweise ihren Ausdruck finden, aber nicht ganz durchgeführt werden, nicht scheuen. Ganz dasselbe ist übrigens auch gegen den D. E. §. 227, 228 einzuwenden.

Aus Tit. 12, welcher die Hauptgrundsätze des Prozeßverfahrens darstellt und insofern den Mittelpunkt des Entwurfs bildet, haben wir früher schon das Wichtigste erwähnt. So namentlich die in §. 259 ff. enthaltenen wichtigen Grundsätze, welche an die Stelle der alten Verhandlungsmaxime, zwar nicht die Inquisitionsmaxime, aber doch die thätige Mitwirkung des Richters bei Ermittlung des wahren Sachverhaltes setzen. Was sonst in Betreff der Anordnung, Leitung, Bekundung der mündlichen Verhandlung gesagt wird, darf hier übergangen werden. Im Wesentlichen stimmt das Alles mit andern Prozeßordnungen überein oder ist Zweckmäßigkeitsfrage von untergeordnetem Belang.

Hervorzuheben finden wir nur noch §. 273, 274 über das Verhältniß oder die gegenseitige Präjudizirlichkeit der Kriminal- und Civilurtheile. Der Entwurf geht davon aus (Mot. S. 58), daß die Entscheidung des Strafrichters, welche eine strafbare Handlung feststellt, für den Civilrichter bindend sein muß, weil diese auf der möglichst sicheren, näm-

lich nach dem Prinzip der materiellen Wahrheit unternommenen, Ermittlung beruht. Vollkommen zu billigen, wenn auch gerade daraus noch lieber, wie anderswo genugsam ausgeführt, ein Grund mehr geschöpft werden sollte, den Civilprozeß nicht hintanzusetzen und ihm dieselbe „möglichst sichere" Wahrheitsermittlung zu gönnen. So lange das nicht der Fall, ist das Uebergewicht der kriminellen Wahrheit, sofern sie auf wirklicher Prüfung beruht, unvermeidlich. Mithin ist der Grundgedanke des §. 273 richtig; ebenso die Beschränkung wegen derjenigen geringen Vergehen, bei denen oft eigentliche, gründlichere Sachuntersuchung fehlt. Natürlich kann ferner auch das Kontumazialurtheil des Strafgerichtes, da ihm die erwähnte innere Basis fehlt, nicht jene präjudizirliche Wirkung für den Civilrichter haben. Doch hätte es wohl eines klareren Ausdrucks bedurft, um diese Intention der Motive erkennen zu lassen. Es wäre ferner nicht nur der Ausdruck „Schuldbekenntniß" anstatt „Geständniß" als leicht mißzuverstehen zu vermeiden, sondern auch die ganze Unterscheidung: „auf Grund eines Schuldbekenntnisses oder einer Beweiserhebung" anders zu fassen. Ruht die Wirkung des Strafurtheils in der Ermittlung der materiellen Wahrheit, und das ist die einzige Rechtfertigung derselben, so steht die Ermittlung auf Grund eines Geständnisses des Angeklagten jeder andern Ermittlung aus andern Beweisgründen gleich, sofern auch das Geständniß erst in seiner Glaubwürdigkeit zu prüfen ist. Hat aber die Strafprozeßordnung das „Schuldigplaidiren" in dem formalen Sinn, daß damit alle weitere Prüfung abgeschnitten werden soll, so kann das auf solche formale Grundlage hin ertheilte Urtheil nicht mehr Wahrheitswerth beanspruchen, als das Kontumazialurtheil.

Daß das freisprechende Kriminalurtheil kein civilrechtliches Präjudiz enthält, ist nothwendig, so lange es im Civilprozeß noch besondere, im Strafprozeß nicht benutzbare Mittel der Feststellung gibt.

Stellt sich umgekehrt im Civilrechtsstreit der Verdacht einer strafbaren Handlung heraus, so muß man von demselben Standpunkt aus geneigt sein, das Civilverfahren zu sistiren und die Feststellung im kriminellen Wege zu veranlassen. Insofern

schließt sich also §. 274 folgerichtig an, obgleich immerhin die Ungunst der bürgerlichen Civilprozedur, die sich auch darin wieder ausdrückt, bedauert werden mag.

Das zweite Buch stellt das erstinstanzliche Verfahren und zwar zunächst in Tit. 1 des gewöhnlichen Anwaltsprozesses vor den Kollegialgerichten dar. Abschnitt 1 dieses Titels ist dem Verfahren bis zum Endurtheil gewidmet. Die Klage, die von einem Anwalt verfaßt sein (§. 295) und die in §. 296 angegebenen Punkte, wovon der unter Nr. 5 angegebene der wichtigste ist, enthalten muß — natürlich eine rein instruktionsmäßige Vorschrift für die Klagabfassung, da es für die exc. libelli inepti oder vitiosi im mündlichen Prozeß keine Stelle mehr gibt (s. auch § 313) — wird sammt den nöthigen Urkundenabschriften (§. 297) dem Gegner zugestellt. Letzterer hat binnen der in §. 298 gegebenen Frist, sofern nicht in besonderen Fällen deren Abkürzung bei dem Gerichtspräsidenten erwirkt wird (§. 299; vgl. D. E. §. 230), ihrerseits einen Anwalt zu bestellen, mit dem sich nun der Schriftenwechsel (§. 300, 301) entspinnt, resp. die Information über die den gegenseitigen Rechtsansprüchen zu Grunde liegenden Thatsachen ausgetauscht wird (§. 302). Hat der Schriftenwechsel stattgefunden, oder sind die deshalbigen Fristen vergebens verstrichen, so kann, Alles wie nach dem D. E., jeder Theil die mündliche Verhandlung beantragen (§. 303, 304). Zur Vorbereitung derselben dienen die einander und dem Gericht mitzutheilenden Anträge. Aus diesen muß ersichtlich sein, was die Parteien petiren wollen (§. 306, 307). Wenn §. 308 auch in den Anträgen wieder die Anführung, wenn auch nur der wesentlichen Thatsachen fordert (§. 308), so kann man sich damit trösten, wie auch die Motive S. 66 anerkennen, daß das nur eine instruktionelle Vorschrift ist. Sonst würde bei scharfer Handhabung der Parteienantrag leicht zu einer förmlichen Klage hinter der bereits zugestellten Klage her; also zweimal Klagbegründung, bzw. Einredebegründung im Stadium der Präliminarien, an die sich die mündliche Verhandlung doch nicht gebunden sieht. Es genügt unseres Erachtens vollkommen, wenn der in §. 302 erwähnte Nachtheil droht. Auch die Parteian-

träge sollen nur dazu bestimmt sein, die Parteien in Stand zu setzen, daß sie sich mit allem erforderlichen Material zur Verhandlung ausrüsten können. Für das Gericht sind sie möglicherweise wünschenswerthe Anhaltspunkte, aber auch nicht mehr, da nach §. 313 den Parteien doch das Recht bleibt, sie noch zu verändern. Wahre Grundlage und Gränze der Kognition bildet also doch nur das in der mündlichen Verhandlung gestellte Gesuch. Unter solchen Umständen erscheint jener rein instruktionelle §. 308 sehr entbehrlich.

Die Parteianträge werden nun zur Einleitung der mündlichen Verhandlung in der Gerichtssitzung verlesen (durchaus die alte editio actionis) und sodann Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt (§. 311). Die Nothwendigkeit solcher Verlesung, worauf sich die Motive beziehen (S. 67), ist ohne Weiteres zuzugeben; indessen können die Parteien die Anträge doch noch modifiziren (§. 313). Nichtabzusehen dagegen ist, zumal in Berücksichtigung des letzterwähnten Umstandes, weshalb dazu eine eigene Einleitungssitzung stattfinden muß. Für das Gericht ist das nicht nothwendig; denn das Gericht kann sich nicht etwa erst auf Grund der Anträge, von denen doch wieder abgewichen werden darf, sein Urtheil vorbereiten sollen. Die Anwälte müssen schon jetzt vorbereitet sein. Es steht, wie auch §. 311 schließlich selber zugibt, indem er Verzicht auf die Einleitungssitzung zuläßt, Nichts entgegen, an die Verlesung unmittelbar das Plaidoyer anzuschließen. Im Nothfall muß schon die diskretionäre Gewalt des Gerichts so weit reichen, aus besondern Zweckmäßigkeitsgründen das Plaidoyer auf einen andern Termin zu vertagen.

Die Ueberreichung der Anträge soll nach §. 312 die Litiskontestation involviren, die freilich ein etwas magerer Begriff ist, wenn damit nur das Verfahren in dem Sinne „kontradiktorisch" erscheinen soll, daß nun kein Versäumungsurtheil mehr ergehen kann. Von der Wiederherstellung des ächten Begriffs war oben bereits die Rede. Die wahre Litiskontestation liegt da, wo gewiß wird, daß die Parteien gerichtlich entschieden haben wollen. Das ist eben mit „Ueberreichung" der Anträge zwar wahrscheinlich, aber noch nicht gewiß. Die nicht binden-

den Anträge können ja noch dergestalt verändert werden, daß sich der Streit erledigt. Folglich kann die Litiskontestation erst aus der mündlichen Verhandlung hervorgehen, wie im römischen Prozeß.

Wie die etwa erforderlich werdenden weiteren mündlichen Verhandlungen behandelt werden (§. 316 ff.), entspricht dem Prinzip reiner Mündlichkeit vollkommen. Nur können wir den Motiven zu §. 320 nicht darin beipflichten, daß, so wenig wie auf die früheren Parteianträge, der Richter auf die in der Sache selbst bereits ergangenen Urtheile (so daß er also verhandlungsmaximenmäßig gebunden, wissentlich sogar contra rem judicatam urtheilen müßte?), Anerkenntnisse oder Beweise keine Rücksicht nehmen dürfe. Möchte das im Gesetz, welches jedoch so scharf gar nicht lautet, wirklich ausgedrückt stehen; in dem mündlichen, von der formalen Verhandlungsmaxime mit Recht sich abwendenden Verfahren, wird es doch nicht möglich sein, die Erwägung des Richters in solcher Weise abzuschließen, oder ihm zu verwehren, durch sein Fragerecht jene früheren Grundlagen hereinzuziehen.

Im Abschnitt 2 von den Urtheilen erscheint §. 338, welcher dem Gericht die Befugniß gibt, zum Zwecke der Berathung, die Parteienakten einzuziehen und zu benutzen, Angesichts der sonst strengen Mündlichkeit ziemlich bedenklich. Dagegen unterschreiben wir §. 341, 342 sammt den Motiven S. 75—76 vollkommen. Mit Recht und mit Glück geht man darauf aus, so viel als thunlich, auf ein einziges Endurtheil hinaus zu operiren. Mag das im Vergleich zu dem rheinischen Verfahren neu dünken und mag anderseits die Erhaltung gänzlicher Ungebundenheit des Richters bis zum Schluß, selbst den Beweisauflagen oder Beweiszurückweisungen gegenüber, frappiren, man wird sich daran gewöhnen. Letzteres schließt natürlich nicht aus, daß jeder, wenn auch der Rechtskraft nicht fähige, Zwischenbescheid mit Gründen versehen wird (s. §. 352 ff.). In wieweit wirklich selbständige Punkte ausgeschieden und durch Urtheil vorweg erledigt werden können, ergibt der vorige Abschnitt. Darin bleibt dem Gerichte sogar viel freie Hand. Gerade die Verbindung von freier Bewegung nach der einen Seite und von

einheitlichem Zusammenfassen des Prozeßstoffs nach der andern, soweit nicht förmliche Trennung stattfindet (s. auch §. 353 und Mot. S. 77), muß bei vorurtheilsfreier Beurtheilung als ein sehr glücklicher Gedanke bezeichnet werden, in dem man sich hoffentlich durch allerlei doktrinelle Bedenklichkeiten nicht wird stören lassen.

Die Abstimmung nach Gründen (§. 345) halten wir zwar für das richtige Prinzip; sind auch der Meinung, daß das schon von selbst die Regel bilden wird, wo man logisch zu denken versteht. Indessen ist das doch wieder eine reine Reglementsvorschrift, die für die Parteien, welche ja niemals erfahren sollten, wie abgestimmt worden ist, ohne allen Werth ist. Sodann aber kann es zweifellos Fälle geben, wo gleichwohl ein Abgehen von der Regel sich nothwendig macht. Daher scheint in diesem Punkte der D. E. §. 249, 250 angemessener, der die Fragestellung und Erwirkung der Majorität dem Präsidenten überläßt.

Die Form der Urtheile und ihrer Verkündigung interessirt weniger. Aus dem Schluß des Abschnitts verdient nur noch hervorgehoben zu werden, daß die Beschränkung des §. 361, welcher eine Berichtigung des Urtheils (declaratoria) nur wegen Schreib- und Rechnungsfehler zuläßt, nicht als nothwendig erachtet werden kann. Warum sollte nicht Ergänzung und Berichtigung in dem vollen Umfange, wie das nach dem D. E. §. 257 ff. geschieht, möglich sein? Warum soll dieser einfachere Weg, vorausgesetzt, daß wirklich ein Irrthum des Gerichtes (nicht etwa der Parteien! das versteht sich von selbst) in der Darstellung des Thatbestandes, wie er vorgetragen worden, oder eine Dunkelheit vorliegt, verworfen und auf einen andern Weg, vermuthlich den der Berufung, verwiesen werden?

Einer der wichtigsten Abschnitte ist der dritte, das Kontumazialverfahren betreffend. Auf der Anordnung des letzteren beruht, wie Jedermann weiß, die Garantie für die ganze Fortbewegung des Prozesses. Aber wie im Einzelnen die contumacia zu behandeln sei, bildet bekanntlich in der Theorie und Gesetzgebung noch immer eine durch allerlei Unklarheiten und Kontroversen erschwerte Frage. Leider kann man nicht

behaupten, daß sie im P. E. befriedigend gelöst sei. Man lese die §§. 365—394, vergleiche damit die Motivirung (S. 80 ff.), und man wird nicht umhin können, den Vorwurf der Künstlichkeit und Dunkelheit zu erheben.

Dagegen sticht der D. E. §. 268 ff., wenn sich auch ihm gegenüber manche Einwendungen machen ließen, mindestens durch Einfachheit vortheilhaft ab.

Es erscheint ganz unmöglich, auf die große Menge von Einzelheiten des P. E. einzugehen, ohne den Raum dieser Darstellung weit zu überschreiten. Statt dessen mögen einige Andeutungen genügen, wie vielleicht die Aufgabe zu erledigen wäre. Zu diesem Behufe ist es nämlich vor Allem nöthig, sich über ein bestimmtes Prinzip der Ungehorsamsfolgen zu entscheiden.

Eines steht fest, die Prozedur mag sein, wie sie will. Wer in Gemäßheit der gesetzlichen oder richterlichen Aufforderung zum Handeln nicht handelt, wird, und zwar nunmehr sofort, ohne die wiederholten Auflagen, welche der ältere Prozeß für nöthig hielt, präkludirt und hat die durch seinen Ungehorsam verursachten Kosten zu tragen. Dieser gewöhnliche, schon gemeinrechtliche Nachtheil reicht für einen großen Theil der Prozedur vollkommen aus; nämlich insoweit, als nicht um der Zweiseitigkeit willen die unterbliebene Handlung der andern Partei irgendwie ergänzt werden muß.

Solches gilt billig von Allem, was vor der mündlichen Verhandlung liegt. Die Aufforderung zur Bestellung eines Anwaltes innerhalb der vom P. E. sogenannten Erscheinungsfrist und die Zustellung der Anträge sammt Ladung zu dem Einleitungstermin, den wir oben als unnöthig bezeichneten, sind, wo die mündliche Hauptverhandlung alleinige Grundlage der Entscheidung sein soll, eben nur Vorbereitungshandlungen mit dem Zweck, den Gegner für die Hauptverhandlung au fait zu setzen. Ist das die Bedeutung dieser Vorverhandlungen, so kann blos die Präklusion von dem Schriftenwechsel, also die Ausschließung der Vernehmlassung, Replik u. s. w., bzw. die Ausschließung des Gegenantrags an den Ungehorsam geknüpft werden. Der andere Theil mag nun die mündliche Verhandlung beantragen. Die Gelegenheit, vorher Schriften zu wechseln

und Gegenanträge zu stellen, ist nur eine Fakultät, von der kein Gebrauch gemacht werden muß. Von einem weiteren Nachtheil des Zugeständnisses kann daher nicht die Rede sein. Kein Theil ist an die Schriften oder Anträge gebunden. Dem Gegner steht es frei, sich lediglich auf die mündliche Verhandlung zu verlassen. Findet sich nun in der letztern, daß er Mangels hinlänglicher Vorbereitung darauf nicht einzugehen vermag, will er Einreden oder Gegenanträge vorbringen, mit denen er nicht präkludirt werden kann, weil er sie auch noch würde vorbringen können, wenn er einen Anwalt bestellt, Schriften und Anträge gewechselt, sie aber in diesen nicht vorgebracht hätte, so muß die Verhandlung vertagt werden. Aber natürlich auf Kosten dessen, der dies verursacht hat. In dem Kostenersatz besteht der einzige, aber auch hinlängliche Antrieb, die Vorbereitungshandlungen rite durchzumachen.

Anders, wenn eine Partei in der mündlichen Hauptverhandlung ausbleibt, gleichviel ob sie Schriften gewechselt hat oder nicht. Die Präklusion in dem Sinn, daß sie nun ihre selbstständigen Einreden und Gegenanträge, die sie hätte vorbringen können, verloren hat, versteht sich von selbst. Wie verhält es sich aber mit ihrer Erklärung auf das Vorbringen des Gegners, mit der nothwendigen Beantwortung der gegnerischen Behauptungen? Hier kann man sehr dubitiren. Der P. E. neigt sich dazu, in einem solchen Fall keine formale Ungehorsamsfolge, sei es des Zugeständnisses, oder der Negation, eintreten zu lassen. Man wird, ganz abgesehen von Nebengründen, einmal anführen dürfen, daß es an aller Basis für eine solche Kontumazialwirkung fehlt. Man könnte dazu doch nur die Schriften oder die Anträge benützen, also diese für zugestanden und geleugnet erklären, wie sie dem Ungehorsamen zugefertigt worden sind. Allein Schrift und Antrag soll doch nicht die Grundlage des Urtheils sein, sondern das, was mündlich, vielleicht sogar abweichend von dem Antrag, plaidirt wird. Außerdem aber hat es offenbar etwas der Mündlichkeit, welche nothwendig nach materieller Wahrheit hinstrebt, Widersprechendes, lediglich nach fingirten Voraussetzungen endgültig zu entscheiden. Was der P. E. wenigstens theilweise wieder anbahnt, ist nichts Anderes,

als die bei den Römern übliche Eremodizialverhandlung. Trotz des Ausbleibens des einen Theils muß nun so gut, wie möglich, auf einseitigen Vortrag hin die richterliche Prüfung in die Sache eingehen, Beweise fordern u. s. w.

Daß das vollkommen konsequent ist, läßt sich nicht verkennen. Indessen tritt doch für einen Fall, nämlich für den des Ungehorsams des Verklagten, eine andere Rücksicht mit zwingender Nothwendigkeit ein. Da erfahrungsgemäß der größte Theil der Prozesse nicht deshalb in Lauf geräth, weil der Verklagte wirklich der Meinung wäre, das Recht des Klägers bestreiten zu können, so muß von demselben Gedanken aus, der zu dem modernen Mandats- oder Zahlungsbefehlsverfahren in einfachen Schuldsachen geführt hat, auch im Ordinarprozeß doch füglich dem Verklagten die Gelegenheit gegeben werden, sich ohne größere Kosten und Weitläufigkeiten verurtheilen zu lassen. Die contumacia ist heut zu Tage nicht mehr blos eine culpa und Strafe, sondern ein Recht oder eine Bequemlichkeit der Verklagten.

Der Punkt nun, an welchem diese Gelegenheit zu gewähren ist, kann nur die erste mündliche Verhandlung sein. Nicht der voraufgehende Punkt der Anwaltsbestellung, des Schriften- oder Antragswechsels, wenn das Alles nur präparatorische Bedeutung hat. Wenn der Verklagte in der mündlichen Verhandlung, in welcher der Kläger seine Ansprüche begründet, also die eigentliche Klage stellt, ausbleibt, so gibt er damit zu erkennen, daß er den Anspruch einräumt. Freilich nur so, wie ihn der Kläger durch den schriftlich zugefertigten Antrag angekündigt hat. Will der Kläger letzteren abändern, so muß nun, da man nicht wissen kann, ob der Verklagte bei solcher Aenderung noch immer einräumen will, erst ein neuer Termin genommen werden, womit zugleich dem Kläger durchaus sein Recht widerfährt.

Hat sich dagegen der Verklagte einmal eingelassen, mithin zu erkennen gegeben, daß er nicht den ganzen Anspruch einräumen will, so kann im weiteren Verlauf des Prozesses von dem formalen Rechtsnachtheil des Eingeständnisses nicht mehr die Rede sein. **Es muß nun in eremodicio cognoscirt werden.**

In ähnlicher Weise läßt sich umgekehrt für den Kläger,

wenn er im ersten Termin nicht erscheint, die Absolvirung des Verklagten ab instantia androhen (§. 370), aber auch nur für diesen Termin, nicht später.

Indem wir uns mit der Andeutung des Grundgedankens begnügen, von dem aus das Kontumazialsystem sich wohl abgerundet konstruiren ließe, ist noch zu erwähnen, daß darnach auch das Rechtsmittel des Einspruchs, welches der P. E. und zwar in der doppelten Gestalt eines gewöhnlichen und außerordentlichen Einspruchs, gewährt (§. 377), sich construiren muß. Wenn gegen jedes Versäumnißurtheil der einfache Einspruch ohne alle Darlegung eines Entschuldigungsgrundes mit der Wirkung, daß durch die rechtzeitige Einlegung der Prozeß in die Lage vor Eintritt der Versäumniß (indessen sollen damit doch nicht alle Wirkungen des Versäumnißurtheils aufgehoben sein: Mot. S. 85 a. E.) zurücktritt, zulässig sein soll, so kann man sich ungeachtet der Autorität des rheinischen Rechts und der seitherigen Erfahrungen doch schwer von der Nützlichkeit überzeugen.

In dem oben gedachten modernen Mandatsverfahren ist dergleichen nothwendig; ebenso im Strafprozeß. Dort wird die dem Kontumazialurtheil untergelegte Präsumtion, daß der contumax sich habe verurtheilen lassen wollen, mit Recht durch einfache Kundgebung des Gegentheils zerstört, weil im ersten Anlauf der Verklagte gar keine Aufforderung zum Handeln empfängt. Allein im ordentlichen Civilprozeß, wo der Verklagte, wenn er streiten w o l l t e, anders als in jenem Mandatsverfahren, schon vorher genug Aufforderung und Gelegenheit hat, dies kund zu thun, paßt das nicht. Und dem Strafverfahren gegenüber muß festgehalten werden, daß es sich hier um der freien Disposition unterworfene Privatrechte handelt. Man darf daher ohne Scheu im Civilprozeß die Versäumnißfolgen an die Thatsache des Nichterscheinens knüpfen und Jedem zumuthen, der diese Folgen beseitigen will, daß er sein Nichterscheinen entschuldigt. Das sichert denn doch die prompte Befolgung der Ladungen, während der unbedingte Einspruch eigentlich der Partei die Befugniß, abzuwarten, was aus ihrem Ungehorsam wird, also eine nochmalige Wartefrist gibt, hinter welcher dann noch die weitere Befugniß besteht, durch außer-

ordentlichen Einspruch, d. h. mit Bescheinigung eines unabwendbaren Hindernisses selbst nach Ablauf der Einspruchsfrist Restitution zu erwirken.

Wenn eine eigentliche contumacia vorliegt, was nach dem Obigen bei Ausbleiben des Klägers oder des Verklagten in der ersten mündlichen Verhandlung der Fall sein würde, so sollte man meinen, daß es im Interesse einer wohlthätigen Strenge des Prozeßgangs durchaus bei dem Rechtsmittel der prozessualischen Restitution nach gemeinrechtlichem Zuschnitt sein Bewenden haben möchte. Daß der P. E., wie auch der D. E. (§. 193 ff.), den Einspruch ohne Begründung statuirt, hängt sichtlich mit der Ansicht zusammen, daß auch schon auf Ungehorsam in der Erscheinungsfrist bzw. im Schriftenwechsel ein Versäumnißurtheil erwirkt werden kann. Das gerade möchte aber zuerst abzuweisen sein. Wenn aber derselbe grundlose Einspruch gar gegen die späteren Versäumnißurtheile zugelassen werden soll, die, sofern eine, wenn auch nur einseitige, richterliche Sachprüfung stattgefunden hat, kaum den ächten, auf rein formalen Kontumazialfolgen basirten Versäumnißurtheilen gleich zu stellen sind, so ergibt sich der Widerspruch von selbst.

Auch die Bestimmungen in §. 391—394 des P. E. über das Verfahren bei Ungehorsam einzelner Streitgenossen halten wir nicht für glücklich. Anstatt es unter dem Namen eines Verbindungsurtheils mit einer nochmaligen Ladung zu versuchen und dann, wenn diese erfolglos bleibt, die von den erschienenen vorgebrachten Anführungen und Beweise, soweit sie den nicht erschienenen günstig sind, auf diese zu erstrecken, ist es doch ungleich rationeller, auf die gute Unterscheidung zurückzugehen, ob ein pro rata theilbares, oder ein untheilbares, resp. solidarisches Verhältniß der Streitgenossen vorhanden ist. Ist ersteres der Fall, so hat das möglicherweise zum Vorschein kommende Resultat, daß einer als contumax verurtheilt wird, während der andere in Folge der Verhandlung obsiegt, gar nichts Bedenkliches, sobald man erwägt, daß der erstere nicht verurtheilt wird, weil ihm gegenüber etwas Anderes wahr wäre, als gegen den zweiten, sondern weil er contumax war. Bei Untheilbarkeit des Gegenstandes, bzw. Solidarität können gar

keine Verwicklungen eintreten, wenn man das Wesen dieses Verhältnisses richtig auffaßt.

Der 4. Abschnitt über das Beweisurtheil und dessen Erledigung enthält größtentheils reglementäre Normen, insbesondere über die Beweiserhebungen media requisitione s. commissione. Obwohl der Abkürzung und mancher redaktionellen Verbesserung fähig, müssen sie doch im Wesentlichen als angemessen bezeichnet werden. Mit voller Schärfe ist die Idee der Selbstbetreibung des Prozesses durch die Parteien auch in diesem Stadium durchgeführt worden. Dabei mag nur erwähnt werden, daß uns die Motive (S. 88) von der Nothwendigkeit, die Betreibungspflichtigkeit, welche sonst dem Beweisführer obliegt, rücksichtlich der Ableistung deferirter oder referirter Eide auf den zu übertragen, der den Eid leisten soll, nicht überzeugt haben. Auf den ersten Blick hat das, sofern der Eidespflichtige nicht der Beweisführer ist und folglich, woraus doch allein die Betreibungspflicht hergeleitet zu werden vermag, kein Interesse an der Betreibung der Eidesleistung hat, etwas Unnatürliches.

Die folgenden Abschnitte befassen sich mit den verschiedenen Beweisen. Wenn früher schon von dem Prinzip des Beweises im Allgemeinen die Rede war und dabei bemerkt wurde, daß der P. E. in dem entschiedenen Ergreifen des dem mündlichen Prozeß allein angemessenen Prinzips der freien Ueberzeugung nicht genug thut, so bestätigt sich das sofort in Abschnitt 5 an der Urkundenlehre. Mit der Behandlung der Aechtheit in §. 434—439 kann man bis auf den einen §. 439, dessen vollständige Unangemessenheit, indem er für das erfolglose Bestreiten einer inländischen öffentlichen Urkunde bis zum Beweise entschuldbaren Irrthums, sowie für das wider besseres Wissen unternommene Bestreiten einer ausländischen öffentlichen oder Privaturkunde eine Strafe von 20—200 Thlr. festsetzt, die der Strafrichter, und zwar gebunden an das Civilurtheil über die Aechtheit, erkennen soll, am Tage liegt, ganz einverstanden sein. Dagegen erscheint die Anordnung der Beweiskraft des Inhalts, obwohl der herrschenden Doktrin entsprechend, nach unseren früheren Bemerkungen, keineswegs ganz befriedigend.

Was das Verfahren betrifft, behufs der Produktion, Rekognition und Aechtheitsfeststellung, so wüßte man daran Nichts auszusetzen. Mit Recht ist auch in diesem Entwurfe die Mißgestalt des Diffessionseides beseitigt (§. 438), die Schriftvergleichung thunlichst vereinfacht (§. 456) und die Beurtheilung ihres Werthes ganz dem Ermessen (§. 457) überlassen worden.

Was dagegen die Edition angeht, so sind zwar in den Motiven S. 101 die leitenden Grundsätze durchaus richtig vorangestellt, aber in der Ausführung hat man (§. 440 ff.) die Editionspflicht viel enger beschränkt, als man darnach erwartete. Allerdings muß dafür gesorgt werden, daß nicht mißbräuchlich Jedermann zu beliebigen Vorlegungen, am wenigsten seiner Privatgeheimnisse, gezwungen wird. Vernünftigerweise hat das Gericht nach den konkreten Umständen zu erkennen, ob das Editionsverlangen rechtlich und begründet sei. Im Uebrigen aber neigt sich die Neuzeit nachweisbar immer entschiedener dahin, eine allgemeine Editionspflicht analog der allgemeinen Zeugnißpflicht anzuerkennen. Will man materielle Wahrheit, so kann das wohl nicht anders sein. Diesem Zug trägt wieder der D. E., auf den im Allgemeinen hinzuweisen hier genügen mag, besser Rechnung, als der Preußische.

Gegen das Editionsverfahren ist wenig einzuwenden. Die Unterscheidung des Editionseides der Partei und eines Dritten freilich, wonach der letztere nur dem Wissen nach schwören soll (§. 443), erscheint nicht geeignet.

Ueber die Behandlung des Zeugenbeweises sind früher insofern schon einige Bemerkungen gegen den Entwurf gemacht worden, als es sich um die Unfähigkeit oder Ablehnungsbefugniß des Zeugen, sowie um die Beweiswürdigung handelt. Es würde mithin an dieser Stelle nur noch das Verfahren zu prüfen sein. Indessen kann man darin kurz sein.

Die Bestimmung des §. 469, wonach dem Zeugen schon durch die Ladung kund gegeben werden soll, worüber man von ihm Auskunft verlangt, ist angemessen und findet sich auch in andern Entwürfen. Bei den reglementären Vorschriften über den Modus der Vernehmung (§. 470 ff.) darf man, wenn sie auch im Ganzen passend erscheinen, nicht vergessen, daß in ein-

zelnen Fällen ebenso passend davon abgewichen wird. Warum also dergleichen nicht der verständigen Einsicht des Richters anheimstellen, die am besten erkennen wird, wie das zu machen sei? Eben deshalb erscheint auch der absolute Befehl in §. 471, jeden Zeugen vor der Aussage zu beeidigen, wie schon früher bemerkt, durchaus nicht empfehlenswerth.

Von der Nothwendigkeit der Beschränkung der Anfechtung in §. 478 dadurch, daß Einwendungen gegen die Beweisfähigkeit, welche erst nach der Abhör erhoben werden, sofort urkundlich liquid sein müßten, wird man sich schwerlich überzeugen; und daß §. 480 nicht zu freier Beweiswürdigung paßt, der es gar nicht abgeschnittten werden kann, was einmal da ist, zu berücksichtigen, ist klar. Im Uebrigen wäre höchstens zu erwähnen, daß es am Ende nicht nöthig ist, die Verhandlung mit dem Zeugen über seine Zeugnißpflicht (man vgl. den Strafprozeß) so streng und ausführlich zu einem Prozeß im Prozesse zu gestalten, wie hier geschehen.

Wenden wir uns über den sehr kurz, aber gerade darum passend behandelten Augenscheins- und Sachverständigenbeweis (§. 498—508) zu dem Kapitel von dem Beweise durch Eid, so vermissen wir, in dem 8. Abschnitt vom zugeschobenen Eide allerdings eine bestimmte Wahl zwischen den beiden über die Natur dieses Eides nothwendig entscheidenden Prinzipien: ob Beweismittel, oder Vergleichsinstitut. Indessen ist das ein Mangel nicht blos des P. E., sondern allgemeinster Art. Wir werden daher einzelne Schwankungen dem ersteren um so weniger zum Vorwurfe machen dürfen, als er auf dem Boden der herrschenden Lehre stehend doch einzelne erhebliche Fortschritte aufweist.

Nach dem Entwurf und den Motiven gilt zwar der zugeschobene Eid entschieden als Beweismittel, eine Ansicht, welche sicher in der Zukunft der ungleich richtigeren Idee der römischen Eidesdelation und des germanischen Auf-den-Eid-Stellens Platz machen wird; allein §. 509 modifizirt diesen Beweismittelcharakter der gemeinen Doktrin schon erheblich dadurch, daß der zugeschobene Eid in jeder Prozeßlage und nicht blos subsidiär, wenn auch §. 512 eine bedingte Delation gestattet, son-

dern auch wenn andere Beweismittel vorhanden sind, zulässig erscheint. Noch bedeutsamer aber ist es, daß §. 513 die Gewissensvertretung total abschafft. So weit geht z. B. selbst der D. E. nicht. Man kann jedoch dem P. E. darin nur beistimmen. Alsdann ist aber zugleich nach der einen Seite hin ausgesprochen, daß der Eid nicht Beweismittel, sondern Abschneidung, Surrogat des Beweises, d. h. anderweite Wahrheitsermittlung sei; und darin liegt bereits eine allmähliche Entfernung von der vermeintlichen Beweisnatur, die im Uebrigen insofern festgehalten wird, als der Eid nur auf Thatsachen gerichtet werden soll (§. 510 ff.).

Erfreulich wäre es gewesen, wenn man in §. 520 die Ausscheidung des Kredulitätseides aufgegeben und die einfachere, richtigere Auffassung des römischen Rechts wieder herstellen wollte. Durch die Darlegung der Motive S. 118 fühlt sich der Kundige nicht belehrt.

Bemerkenswerth als eine Bestätigung dessen, was über die Natur des Eides gesagt wurde, ist noch §. 524, der wider den Eid absolut nur noch den Beweis des Meineides zuläßt; sonst gar keinen Gegenbeweis, wie es scheint, auch nicht einmal im Wege der Restitution. Ist das wirklich die Absicht, kann also gar nicht mehr die Frage der objektiven Wahrheit für sich allein, sondern nur in Verbindung mit der der subjektiven Arglist aufgeworfen werden, so neigt sich der Eid wieder um ein Stück von dem Beweischarakter, zumal in einem System der materiellen Wahrheit, ab.

Die weiteren Bestimmungen über Antrag, Annahme, Widerruf und Schwurpflicht verdienen im Ganzen Beifall. Mancherlei Zweifel und Unrichtigkeiten der gewöhnlichen Prozeßlehre sind dadurch glücklich abgethan.

Was im folgenden Abschnitt über den als Erfüllungseid in einem bedingten Endererkenntniß richterlich aufzulegenden Eid und die, je nach Ableistung oder Verweigerung, deren Rechtsnachtheil bestimmter zu fixiren nicht ganz überflüssig sein möchte, eintretende sog. Läuterung (kein sehr passender Ausdruck) gesagt wird, ist einfach und gut. Bei dem Schätzungseid (§. 549) wäre nur zu erwähnen, daß das richterliche Moderationsrecht

nach der Eidesleistung vorzubehalten, viel besser ist, als dem Richter vorher die Bestimmung eines Maximums anheimgeben, die oft höchst unsicher und willkürlich sein muß. Auch kann den Motiven nicht beigepflichtet werden, daß letzteres eine „richtige" Auffassung des preuß. Rechtes sei.

Dem zehnten Abschnitt über das Verfahren bei Abnahme der Eide wünschen wir vor allen Dingen Eingang. Es würden dadurch mancherlei Mißstände in anerkennenswerthester Weise beseitigt.

Titel 2 beschäftigt sich mit dem vereinfachten Anwaltsprozeß. Für eine Reihe von Fällen wird dadurch eine Abkürzung möglich gemacht, nämlich in die Wahl des Klägers gestellt, daß namentlich die sonst erforderlichen präparatorischen Schritte zur Einleitung der mündlichen Verhandlung unterbleiben.

In ähnlicher Weise tritt nach Tit. 3 eine Vereinfachung ein in dem Verfahren vor dem Einzelrichter, dessen Grundgedanke darin besteht, daß die Parteien persönlich handeln.

Man wüßte daran Nichts auszusetzen, und gewiß haben die Motive zu der Annahme ein Recht, daß solchergestalt im Wesentlichen das Bedürfniß „summarischen" Verfahrens gedeckt werde.

Was davon noch erforderlich, findet sich im sechsten und siebenten Buch. Zum großen Theil sind es freilich Bestimmungen kaum prozessualischer Art. Im Allgemeinen kann dabei nicht die Bemerkung unterdrückt werden, daß es den Anschein hat, als ob die einzelnen Unterabtheilungen von verschiedenen Redaktoren herrührten. Wenigstens läßt Wortfassung und Methode den Eindruck der Einheit vermissen.

Wenn zunächst von §. 781 ab das Rechnungsverfahren normirt wird, so kann man sachlich gegen die meisten §§. Nichts einwenden. Indessen lohnt es sich doch kaum, für die Prozedur mit weitläufigen Rechnungen so ausführliche, doch nur reglementäre und stets dehnbare Vorschriften ertheilen zu wollen. Das Meiste muß doch von dem savoir faire des Gerichts erwartet werden, dem man Angesichts einer langen Reihe von

Posten kaum noch die Sorge um Kürze und Vereinfachung zu empfehlen braucht.

Auch der Abschnitt vom Sicherheitsarreste (§. 799 ff.) enthält vielerlei materiellrechtliche Dinge. Mit der Grundlage, daß insoweit, als endgültige Exekution gegen Sachen oder an der Person statthaft sein würde, aus besonderen Gründen der Sicherheit halber, nämlich bei zu besorgender Unmöglichkeit (s. §. 799; blos bei völliger Unmöglichkeit?) der künftigen Vollstreckung oder erheblicher Erschwerung der Rechtsverfolgung, auch ein vorläufiger Arrestschlag erwirkt werden kann, muß man einverstanden sein. Ebenso ist der Arrestprozeß, namentlich auch das Verhältniß des Arrestgesuchs und der Arrestanlage zur Hauptsache recht gut geordnet. Nur möchte sich eine einfachere und kürzere Redaktion, sowie eine leichtere systematische Uebersicht ohne große Mühe erzielen lassen.

Der Beweis zum ewigen Gedächtniß außerhalb des Prozesses, oder auch während des Prozesses, sofern er bei dem andern Richter, in dessen Bezirk die Ermittlung vorzunehmen, stattfinden soll, ist eigentlich ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Titel 3 des Preuß. E. entspricht dem vollkommen.

Der 4. Titel von den possessorischen Rechtsmitteln enthält fast nur materielles Recht. Derselbe bestrebt sich, das gemeinrechtliche possessorium summarium und summariissimum zusammenzuziehen. Mit Recht; denn es läßt sich gemeinrechtlich sehr gut nachweisen, daß das letztere nur deshalb entstanden, weil das ursprünglich einzige possessorium (ordinarium), obwohl summarischer Art, dermaßen verdreht und verweitläufigt wurde, daß nun Grund genug war, aus dem possessorium noch ein summariissimum auszuscheiden. Wird das possessorium überhaupt kurz und klar behandelt, so bedarf es keiner absonderlichen Unterart mehr, und man kehrt von selbst zu der vernünftigen römischen Auffassung der possessorischen Rechtsmittel zurück. Ob auf dem Wege, daß man sagt, das sumariissimum sei abgeschafft (§. 843), oder auf dem Wege, daß man jedes ordinarium nur summarisch und provisorisch über die Besitzrolle entscheiden läßt (s. Motive S. 209), wäre ein leerer Namensstreit.

Ausführlich und, wie man anerkennen muß, sehr klar ist im 5. Titel das Verfahren in Ehesachen behandelt. Die materiellen Besonderheiten bestehen, abgesehen von der nach unserer Ansicht selbst hier sehr gut zu entbehrenden Mitwirkung des Staatsanwalts, hauptsächlich darin, daß ebensowenig das Geständniß der Parteien formell den Richter bildet, als Eidesdelation statthaft erscheint (§. 858, 859). Warum dagegen Editionsgesuche wider die Gegenpartei ganz und gar ausgeschlossen sein sollen (§. 859), läßt sich nicht absehen. Man braucht eben in dem Ehescheidungsprozeß materielle Wahrheit, und solange nicht in jedem Prozeß dasselbe Prinzip gilt, muß sich der Gegensatz bemerklich machen.

Es folgen noch in Tit. 6 die von dem Entwurfe so genannten Entmündungsklagen (richtiger deutsch wohl, wenn man einmal einen Namen erfinden will, Entmündigungsklagen), die vollends in das Gebiet der freiwilligen oder Administrativjustiz hinübertreten. Die betreffenden Anweisungen der §§. 887 ff. empfehlen sich von selbst.

Das siebente Buch von den Handelsgerichten fußt, wie die Motive bemerken, wesentlich auf dem Entwurfe, welcher schon 1862 dem allgemeinen Landtag vorgelegt wurde. Der erste Titel betrifft die Organisation der Handelsgerichte. Sie sollen, was kaum den Namen einer gesetzlichen Bestimmung verdient, für die Bezirke errichtet werden, in welchen ein „bedeutender" Handels- oder Schifffahrtsverkehr besteht. Zusammengesetzt werden sie nach §. 900 aus „mindestens" zwei Juristen und „mindestens" vier Kaufleuten. Es wäre doch sicherer, das Verhältniß bestimmter zu fixiren. So, wie er jetzt lautet, würde §. 900, was doch nicht beabsichtigt sein kann, der Regierung (s. §. 916) sehr wohl erlauben, eine Majorität von Juristen zu bestellen. Man sollte einfach so organisiren, wie es unter allgemeiner Billigung der Handelstag vorgeschlagen hat.

Was die Wahl der Handelsrichter aus dem Kaufmannsstande anlangt (§. 904 ff.), so ist auch daran Manches auszusetzen. Unverkennbar ist der Kreis der Wählerschaft (§. 906) unter den „angesehensten" (sic!) Kaufleuten des Bezirks, sowie die passive Wahlfähigkeit (§. 905) möglichst eng genommen,

überdies aber in letzter Linie Alles von der königlichen Bestätigung (§. 908) abhängig gemacht worden.

So begreiflich es ist, daß einerseits die Staatsgewalt die Neigung hat, die Richteranstellung als ihr Recht festzuhalten, so kann man doch anderseits nicht verkennen, daß die Handelsgerichte gerade deshalb gefordert werden, weil es dem Handelsverkehr um die Selbstverwaltung der Justiz aus sich heraus zu thun ist.

Die Abweichungen des Verfahrens sind nur unbedeutend. Am wichtigsten ist die Entbindung der Parteien von dem Anwaltszwang (§. 924). Im Uebrigen bedarf der Handelsgerichtshof keiner Besonderheiten, wenn auch der Prozeß der ordentlichen Gerichte so einfach, als möglich ist. Der Unterschied wird immer nur, und auch das, wie zu hoffen, nur einstweilen, in der Verschiedenheit der Beurtheilungsmethode bestehen, welche durch das kaufmännische Richterelement bedingt ist.

Für die Wechselsachen schließlich (§. 933—945) bedürfte es nur einiger noch mehr abkürzender Bestimmungen.

Wir haben damit das erstinstanzliche Verfahren in seinen verschiedenen Abarten kennen gelernt. Eine Besprechung des wichtigen Abschnittes von den Rechtsmitteln muß aufgespart bleiben.

VIII.

Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf.

Von Herrn Prof. Dr. **Regelsberger**
in Zürich.

Das römische Recht macht in der Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Kauf nach Zahl, Maß und Gewicht einerseits und jedem andern Kaufvertrag. Unter den ersteren Begriff fallen